DISPVTATIO IVRIDICA
DE
TESTAMENTO PARENTVM INTER LIBEROS CORAM DVOBVS TESTIBVS CONDITO RESPECTV EXTRANEARVM PERSONARVM INVALIDO,

QVAM

CONSENSV

MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS

IN

ALMA PHILVREA

PRAESIDE

DN. D. IOH. FLORENTE RIVINO,

INSTITVT. P. P. SVPR. CVR. PROV. ET CONSIST.
ADVOC. ORDIN. ET FACVLT. IVRID.
ASSESSOR.

DIE XXI. MAII. MDCCXXVI.

PVBLICO ERVDITORVM EXAMINI

SVBMITTIT

CHRIST. MICHAEL. KVHNIVS,

MÜCHLENSIS THVRING.

AVTOR RESPONDENS.

LIPSIAE
Recvsa Litteris STOPFFELIANIS.
1746.

Biblioteca Nazionale V. E. III NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

PER-ILLVSTRI

ATQVE

EXCELLENTISSIMO DOMINO

DOMINO

IOANNI ADOLPHO

DE LOOS,

DYNASTAE IN HIRSCHSTEIN,

POTENTISSIMO POLONIARVM REGI ET ELECTORI SAXONIAE SERENISSIMO A CONSILIIS SANCTIORIBVS ET MINISTRO STATVS EMINENTISSIMO,

ET RELIQVA.

Digitized by Google

VIRO
DE SAXONIA

IMMORTALITER MERITO
REGIS OCELLO
MAGNATVM DELICIO
REGIONIS PYRAMIDI
FAMILIAE PERILLVSTRIS
PRAESIDIO
AC
THEMIDOS MVSARVMQVE
FVLCRO.

Digitized by Google

NEC NON

ILLVSTRI AC GENEROSISSIMO

DOMINO,

DOMINO

GEORGIO CHRISTOPHORO DE BREITENBAVCH,

DYNASTAE IN St. VLRICH, STOEBNITZ, ET BVCHA,

ORDINIS EQVESTRIS QVA CIRCVLVM THVRINGENSEM IN ELECTORATV SAXONIAE DIRECTORI LONGE SPECTATISSIMO,

VIRO
OMNI VIRTVTVM GENERE
MIRE PRAEDITO
QVI
INFVCATA IN AVGVSTISSIMVM NOSTRVM
AVGVSTVM
PIETATE
SAGACISSIMOQVE SVO IVDICIO,
PATRIAE
MAXIME PROFVIT,
DOMINIS AC PATRONIS
DEMISSE VENERANDIS
COLENDIS,
TENVE HOC
EXERCITATIONIS ACADEMICAE
SPECIMEN
CEV
PIETATIS AC DEBITI OBSEQVII
PIGNVS
D. D. D.
IN VTRIVSQVE GRATIA ET VALIDISSIMO
PATROCINIO
CONQVIESCERE EXOPTAT
TANTORVM NOMINVM

CVLTOR DEVOTISSIMVS
CHRISTIANVS MICHAEL KVHNIVS.

Digitized by Google

CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

§. I. *Teſtamentum ſolatium fati ultra fatum.*

II. *Poteſtas teſtandi LL. XII. Tabb. latiſſima coanguſtata, & certa forma ſolennitatesque præſcriptæ.*

III. *Ab his exemta teſtamenta privilegiata, & inter hæc teſtamenta parentum inter liberos.*

IV. *Hoc jure teſtamenti valet.*

V. *Privilegium Nov. 107. c. 1. ſcriptum ſaltem teſtamentum præſupponit.*

VI. *Seque ad ſolos liberos refert, hinc excluduntur extraneæ Perſonæ, inter quas uxor &c.*

VII. *Nonnulli ad legatum extraneis relictum nullos requirunt teſtes.*

VIII. *Iſta opinio refutatur.*

IX. *Auth. quod ſine C. de Teſtam. reſpondetur & hæc explicatur.*

X. *Quæſtio principalis, quot teſtes requirantur? Eorum ſententia qui unius præſentia contenti rejicitur.*

XI. *Quidam duos ſufficere exiſtimant.*

XII. *Provocant ad l. 22. C. de Teſtam.*

§. XIII.

XIII. *Diſtinctio adhibetur inter numerum teſtium quoad materiam probationis & ultimarum voluntatum.*

XIV. *L. 12. ff. de teſtib. explicatur.*

XV. *Itemque L. 22. C. de Teſtam.*

XVI. *Uſus fori examinatur.*

XVII. *Quinque requiri teſtes ſtatuitur.*

XVIII. *Tam in ſcripto quam nuncupativo teſtamento.*

XIX. *Quid ſi extraneus heres inſtitutus ſeptem deſiderantur.*

XX. *Qui numerus etiam adhibendus, ſi mutetur teſtamentum & exheredatio ſuſcipiatur.*

XXI. *Per Clauſulam Codicillarem tamen ejusmodi teſtamentum in vim fideicommiſſi conſervatur.*

XXII. *Cæcus Octo adhibere debet.*

XXIII. *Si legatum piæ cauſæ relictum, duo teſtes ſufficiunt.*

XXIV. *Non, quoad legatum Principi & Fiſco relictum.*

XXV. *Diſpoſitio tamen illa non in totum ſed ex parte corruit.*

§. I. Teſta-

Google

§. I.

Teſtamentum non immerito ſolatium fati ultra fatum & typus ſive figura immortalitatis nuncupatur, cum enim anima & mens humana immortalitate beata, certe non debet voluntas quoad bona cum corpore extingui, potius ſuprema hominum judicia ſuum ſortiri debent eventum & regere quaſi relictorum actiones quando mortales velle deſinunt, nihil enim eſt, quod magis debeatur & publice expediat, quam ut ſupremæ voluntatis liber ſit ſtylus & licitum, quod iterum non redit, arbitrium, *l. 5. ff. quemadm. teſtam. aper. l. 1. C. de S. S. Eccleſ.* Conf. FRANZK. *Exerc. Jur. VII. qu. 1. n. 4.*

§. II.

Sed poteſtas illa latiſſima, quæ verbis Legum XII. Tabb. *uti legaſſet ſuæ rei ita jus eſto*, tributa videbatur, vel legum vel autoritate conſtituentium coanguſtata, referente Pomponio in *l. 120. ff. de V. S.* imo tota obſervatio teſtamentorum fatente Juſtiniano in *l. 35. C. de inoff. teſtam.* multis vigiliis excogitata atque inventa, ne, uti idem Imperator loqui amat in

Digitized by Google

l. 29. C. d. teſtam. falſitas, quam plane exulem a Republica cupiebat, in elogiis defunctorum ultimis committeretur, ideoque proviſione LL. & Edicto Prætoris certa forma condendi teſtamenti, variæque ſolennitates præſcriptæ, in ordinandis teſtamentis ſolennibus ad amuſſim obſervandæ. *Pr. Inſtit. de teſtam.* EMANVEL GONZAL. TELLEZ *ad. Decret. Lib. III. Tit. 36. §. de Teſtament. Cap. XI. n. 10.*

§. III.

Receſſerunt tamen LL. nonnunquam ab iſto rigore ſolennitatum, præſertim ſi favor perſonarum privilegium quoddam deſiderabat. Inter ejusmodi privilegiatas ultimas voluntates, quæ non ſubjacent ſolennitatibus Juris poſitivi non infimum locum occupat Teſtamentum Parentum utriusque ſexus & gradus inter liberos, quorum judicium ſpontaneum & diſpoſitio perfecta & juſta de eo quod poſt mortem ſuam inter liberos fieri velint ſancte cuſtodienda, licet omni plane ſolennitate deſtituta *l. 26. C. fam. erciſc. l. 21. §. 1. C. d. Teſtam. Nov. 107. pr. & C. 1.* & remiſſæ cenſentur ſolennitates Juris poſitivi ex præſumtione ceſſantis fraudis in patre, qui æqualiter omnes liberos diligere præſumitur, proinde congruum, ut liberi ſervare debeant prudentem patris voluntatem quomodocunque explicatam, dum quodammodo non rationem ſucceſſionis teſtamentariæ ſed ſaltem diviſionis inter heredes, qui alias ſuccedunt ab inteſtato, habet, & modum ſucceſſionis determinat. JOANN. BAPTIST. de LVCA *Thea-*

Digitized by Google

Theatrum veritatis & Juſtit. Tom. II. Tract. I. de teſtam. Diſcurſ. 75. n. 18. JOAN. SCHILT. *Exerc. ad ff. 38. §. 122.*

§. IV.

Sed quæſtio ventilanda, an ejusmodi diſpoſitio valeat jure teſtamenti nec ne? Equidem hanc quæſtionem GYPH. *ad l. 21. C. d. teſtam.* & FACHIN. *L. IV. Contr. C. 4. p. m. 248.* negative defendunt, ſed horum ſententiæ non ſubſcribimus, potius affirmativa placet, ſequentibus rationibus commoti, quia 1) in *l. 21. §. 1. C. d. teſtam.* parentum diſpoſitio expreſſe vocatur teſtamentum, & quanquam dicatur teſtamentum imperfectum, tamen imperfectitudo comparativa eſt, reſpectu nempe ſolennis omnibus numeris completi teſtamenti, prout in *l. 2. ff. de injuſt. teſtam.* teſtamentum militis vocatur imperfectum ex quo tamen æque ac ſolenni defertur ſucceſſio. 2) quod Pater Jure privilegiario diſponens teneatur filios heredes ſcribere, Ergo valet ejusmodi diſpoſitio jure teſtamenti, quia extra cauſam teſtamenti non licet heredem nominare 3) rationis robur *in auth. Hoc inter C. de teſtam.* conſiſtit: Ibi enim talem parentum diſpoſitionem non aliter everti poſſe aſſeritur, quam ſi aliud teſtamentum numeris omnibus abſolutum, confectum poſtea fuerit, & pater expreſſe in eodem voluntati priori derogaverit, nunc vero voluntas inteſtati non indiget tam operoſa everſione, ſed ſicut ſine ſolennitatum adminiculo confecta eſt, ita etiam poteſt absque illorum interventu deſtrui. *arg. l. 35. ff. de R. J.*

§. V.

Solent DD. teſtamentum parentum inter liberos privilegiatum in ſcriptum & nuncupativum dividere. Equidem animus non eſt denegare Parentibus poteſtatem nuncupandi teſtamentum, ſed ſaltem legibus magis conformis nobis videtur, quod non niſi in ſcriptis modo privilegiato juxt. Nov. 107. ſepoſitis nempe omnibus ſolennitatibus & remotis teſtibus teſtamentum condere valeant. Etenim *Cap. 1. dict. Nov. 107.* ſe unice refert ad ſcripturam & præſupponit perſonam quæ literas ſcit & edocta, hinc propria ſua ſubſcriptione tempus, deinde filiorum nomina propria manu declarare portionesque aſſignare debet, idem verbis ſat claris confirmat *Auth.* quod *ſine C. de teſtam. ex dict. Nov. deſumta.* Natura vero privilegiorum præſertim in correctoriis ſtrictiſſimam deſiderat interpretationem: Conf. DYON. GOTHOFR. *ad l. 21. §. 1. C. teſtam. ſub. lit. d.* Qua ratione vero tuto informanda ſit nuncupativa voluntas patris & quot teſtes adhibendi noſtrum non eſt in præſentiarum inquirere. Vid. Magnif. Dn. Ordinar. MENCK. *Theor. & prax. pandect. de teſtam. Milit. §. 9.*

§. VI.

Iſte tamen modus teſtandi privilegiatus ſe unice refert ad ſolos liberos, quodſi enim in hujusmodi voluntate extraneis, quorum nomine omnes qui non in numero liberorum ſunt, ideoque etiam uxor, maritus aliæque arctiſſimo licet conſanguinitatis vel affinitatis vinculo junctæ veniunt, aliquid relinqua-

tur

Digitized by Google

tur, teſtamentum tale, quantum ad illam permixtam perſonam, pro nullo habetur, liberisque accreſcit *l. 21. §. 1. C. de teſtam.* proinde Imperator Juſtinianus in *Cap. 1. Nov. 107.* teſtatoribus injunxit neceſſitatem, ut ſcripta dictaque coram teſtibus efficiant.

§. VII.

Equidem nonnulli DD. aſſerere non erubeſcunt ad legatum extraneis perſonis relictum non opus eſſe teſtibus, quam ſententiam defendere allaborat HARTM. PISTOR. *L. I. qu. 2. n. 3.* RICHT. *in Dec. 29. L. I. no. ult.* STRUV. *Exerc. 32. th. 19. p. m. 222. ſeq. MEVIUS ad Jus Lubec. P. II. Tit. I. art. 2. n. 34.* PETR. GUDELIN. *de Jure Nov. L. II. C. 4. circa fin.* & HARTM PISTOR. *Pract. Obſ. 5. t. 28.* qui ultimi tamen revera non diſſentiunt. Præſertim autem PAGENSTECH: *Manip. I.* cum quo convenit SICHARD. *ad auth. C. quod ſine C. teſtam.* contrariam amplexi ſunt ſententiam eamque corroborare intendunt ex *Nov. 107. C. I.* illam enim loqui tantum de teſtamento nuncupativo parentum inter liberos, idque ea ex ratione exiſtimant, quia his deficientibus probari alias nequeat, hanc eſſe ſuam voluntatem, quod tamen non requireretur in teſtamento ſcripto, cum literæ patris ſcriptæ ſatis indigitent, quid teſtator voluerit nec ne. Deinde hunc textum de nuncupativo ſolum intelligi colligendum eſſe ſtatuunt, ex tribus ibi notatis verbis, quippe voces *dicta* itemque in fine Cap. I. *lingua* & *dicentes* in *fine pr. dict. Nov.*

 nihil

Digitized by Google

nihil aliud involverent, quam ut ſolummodo *Novell.* loqueretur de teſtamento nuncupativo non ſcripto.

§. IIX.

At ratio prima nullius plane momenti eſſe videtur, quanquam enim D. MARTA. *Tom. V. Digeſtor. noviſſ. Tit. ult. C. I.* aſſerat: nos ultimas voluntates ſicut venator feras ſequi debere & *l. 1. & 35. §. 3. ff. de hered. inſtit. l. 5. ff. quemadmod. teſtam. aper. l. ult. C. de poſthum. her. inſt. Nov. 22. C. 2. pr.* ultima voluntas lex & regina teſtamenti nuncupetur quocunque jure potior habeatur & ſtricte & præciſe obſervari debeat, quibusque etiam verbis expreſſa fuerit *l. 15. C. de teſtam.* Tamen nudæ literæ parentum regulam ac cynoſuram unicam, quam liberi unice poſt mortem eorum contra leges ſc. expreſſas obſervare debeant eſſe, concedere non poſſumus, illud enim quod contra leges actum, non habet firmitatem C. 2. X. *de teſtibus* Et quanquam GAIL. *L. II. Obſ. 112. n. 8. p. m. 522.* exiſtimet, quod etiam ſchedula privata continens voluntatem patris ſine teſtibus probet, ſi propria manu ſcripta ſubſcriptave ſit; Tamen hæc non in totum ſed ſaltem in tantum vera, quatenus ſolos liberos, non vero quatenus etiam extraneos reſpiciat, & juxta normam præſcriptam inſtructa ſit ſcriptura. Vid. HARTM. PISTOR. *L. 1. qu. 1. n. 4.* FACHIN. *Contr. l. IV. C. I. p. m. 244.* THOMIN. *Dec. IV. n. 7.* quotiescunque enim leges certam aliquam formam nobis præſcribunt, toties eandem nos ſtricte ob-

Digitized by Google

obſervare debemus, illam autem de qua hic ſermo eſt nobis præſcribit *Nov. 107. C. I.* quam tamen PAGENSTECH. de teſtamento nuncupativo ſolum intelligere voluit. Ceterum inſpicientibus nobis *d. Nov. 107. C. I. verſ. Sin autem.* ipſiſſima verba ſatis ſuperque eam de ſcripto teſtamento intelligi declarabunt, quid enim verba: & hæc propria ſcripta manu dictave a teſtatoribus coram teſtibus? Sane particula conjunctiva ibi notanter eſt appoſita, nihilque aliud indigitat, quam ut coram teſtibus legari extraneis debeat, ſive ſit ſcriptnm ſive nuncupativum teſtamentum. Nec obſtat particulas illas conjunctivas (que. &.) quibus utitur Juſtinianus in *Nov. 107. C. I. ſæpe* in Jure accipi disjunctive *l. 53. ff. de V. S.* Conf. VINN. *ad §. 1 J. de inutil. ſtipul.* adeoque & hoc loco ab invicem ſeparari ut vocabulum: *teſtes* in *d. Nov.* ſe tantum referat ad teſtamentum nuncupativum. Notum enim eſt, quod proprietati verborum ſollicite inſiſtendum & non prius niſi manifeſtiſſimæ & probabiles conjecturæ illud urgeant ab ea recedendum, multo minus novi plane ſignificatus excogitandi. De cetero in ambigua voce legis ea potius accipienda eſt ſignificatio quæ vitio caret, præſertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi poſſit *l. 19. ff. de LL.*

§. IX.

Major autem ſcrupulus injicitur ex *auth. quod ſine C. de teſtam.* ex qua probari poſſe autumant, quod etiam Patri liceat ſine teſtibus extraneis legare,

Digitized by Google

re, fideicommittere & libertates dare, idque ea ex ratione, quia vocabulum *aliis* indiſtincte poſitum aliud haud involveret. Sed hæc *auth. quod ſine* deſumta eſt ex *Nov. 107.* C. 1. ex quo conſequitur interpretationem veram & genuinam capiendam eſſe ex *d. Nov.* tanquam fonte & origine, præſertim cum obſcuriorum & contradicentium explicatio & reſolutio ex alio ubi clarius mentem ſuam de ea re prodidit Legislator accerſenda. Quoniam igitur in *dicta Nov.* teſtes utroque caſu uti *§. præced.* probavi, deſiderantur, ſequitur, quod Auth. *quod ſine C. de teſtam.* ejusque verba finalia pro ſubſtrata materia & ceteris paribus ſc. adhibitis illis ſolennitatibus intelligenda.

§. X.

Sed hic Rhodus hic ſalta, quod nempe teſtes deſiderentur ad validitatem teſtamenti, in quo perſona extranea adjecta. Non deſunt qui ſtatuunt unicum tantum modo ſufficere teſtem. Huic ſententiæ accedit ANTON. FABER *in C. h. t. d. 35.* addit autem hanc limitationem ſi ſit de facto ejus, cujus non interſit. Cum hoc conſpirat MYNSING. *Cent. V. Obſ. 26.* Unius inquit teſtimonium ſufficit ſi ille ſolus ſit inſtructus de re & negotio. Conf. DD. ad *l. 14. de dot. præl.* Sed hæc ſententia neutiquam toleranda. Certe enim in toto diffuſo noſtro Corpore Juris ne unicum quidem exemplum proſtat, quod teſtamentum aliquod vel ſolenne vel minus ſolenne coram uno teſte conditum vigorem quen-

Digitized by Google

quendam obtinuerit, & eo minus ſingularis iſta opinio amplectenda, cum per unius teſtis depoſitionem ne quidem in alio negotio civili probatio inſtitui poſſit, nedum in actu, qui præter probationem & ſolennitatem deſiderat.

§. XI.

Probabilior videtur illorum ſententia, qui ſtatuunt in legato extraneæ perſonæ in tali teſtamento relinquendo duos teſtes ſufficere CARPZ. *P. II. C. 4. def. 19.* LAUTERB. *Diſp. de Teſtam. Milit.* STRUV. *Exerc. 22. th. 19.* BRUNNEM. *ad autb. quod ſine C. de teſtam.* provocant ad tenorem Nov. 107. C. I. ubi juxta effatum Juſtiniani uxori aut extraneis perſonis relicta legata aut fideicommiſſa & hæc propria ſcripta manu, aut dicta a teſtatoribus coram teſtibus firma validaque pronuntiantur, jam cum Ulpiano in *l. 12. ff. de teſtibus* & Pontifice *in C. 4. X. de teſt. & atteſt.* & *C. X. L. de R. J. in 6:* inquiunt: Ubi numerus teſtium a lege non adjicitur, etiam duo ſufficiunt, pluralis enim locutio duorum numero contenta eſt, & duorum hominum teſtimonium pro vero habetur.

§. XII.

Urgent ulterius *l. 22. C. de teſtam.* in qua Imperator Zeno ſe explicat: dictantibus teſtamentum vel aliam quamlibet ultimam voluntatem, legatum vel fideicommiſſum vel quodcunque aliud, quolibet legitimo titulo teſtatorem poſſe relinquere, minime dubitandum eſſe, teſtibus etiam ad efficien-

Digitized by Google

dam vel communiendam eandem (prout in *l. 32. in f. ff. de furt.* a Paulo accipitur) ad voluntatem adhibitis pro ſuo lubitu, quod voluerit teſtator non prohibetur, exinde inferunt: Si teſtatoris mero arbitrio relinquitur, quod teſtes adhibere velit; certe is adſtringi nequit ad certum numerum, & patri eo laxior poteſtas hac in parte concedenda, cum liberi alias voluntatem Patris pietate debita obſervare obſtricti. Imprimis in favore ultimarum voluntatum, & ejusmodi teſtamenti privilegiati, in ſtudio easdem quocunque modo conſervandi ut & in uſu fori ultimum quaſi præſidium quærunt. Conf. MEVIUS *ad Jus Lubec. P. II. L. I. art. 2. n. 34.* HARPR. in Tract. *de admixt. perſon. inteſtam. par. inter. liber.*

§. XIII.

Sed merito prudenti conſilio diſtinctio adhibenda, quoad numerum teſtium in materia probationis & quoad ultimas voluntates. Etenim ſi quis ad fidem judici faciendam quoad ea, quæ ab adverſa parte negata, duos teſtes omni exceptione majores, vel uti in *l. 1. pr. & l. 2. ff. d. teſtib.* deſcribuntur, quorum teſtimonium ob dignitatem, mores, gravitatem non vacillat, in medium ſiſtit, toties hi, licet a probaturo non rogati, admittuntur *l. 11. ff. d. teſtib.* & judex moderari debet, ne, uti Arcadius in *d. l. 1.* loqui amat, effroenata poteſtate ad vexandos homines ſuperflua neceſſitudo teſtium protrahatur, & ſic quadrat axioma Pontificis in

C. 4.

C. 4. X. de teſt. quod nempe in ore duorum vel trium omne verbum ſtet, provocando ad *Cap. 17. Deuter.* quem textum fruſtra ad ultima elogia trahere licet. At enim vero aliter ſe res habet, quoties teſtes ſolennitatis cauſa, uti in teſtamentis contingit, intervenire debent, jam vero nullibi in LL. Civilibus ultima voluntas coram duobus teſtibus declarari & ne quidem legatum relinqui poteſt, potius in *l. f. §. 3. C. de Codicill.* generaliter ab Imperatore Theodoſio cautum, ut in omni ultima voluntate, excepto teſtamento, quinque teſtes adhiberi debeant, ſive in ſcriptis ſive ſine ſcriptis voluntas conficiatur. *j. l. 28. §. 1. C. de teſtam.* Et regulæ rectæ ſanæque interpretationis deſiderant, ut quamlibet legem legaliter & pro ſubſtrata, uti dici ſolet, materia accipiamus. Cum igitur in *Nov. 107.* Teſtium mentio injicitur, nil novi Imperatorem introducere nec a priori generali ſanctione recedere voluiſſe exiſtimandum, alias profecto in lege correctoria clarius loqui debuiſſet, ſed, dum neceſſitatem adhibendi teſtis injungit, præſupponit, ſe referendo quaſi ad leges antea latas, conſuetum illum & antea expreſſa lege præſcriptum numerum, nec cogitare poterat quempiam fore qui in re adeo clara dubium movere poſſet. Sic in *l. 22. C. de fideicomm.* Imperatores Diocletianus & Maximianus reſcripſerunt, fideicommiſſum relinqui poſſe adhibitis teſtibus, quis quæſo non intelligit non plurali duorum numero contentos fuiſſe Imperatores, ſed fundamenti loco numerum præſcriptum præſuppoſuiſſe

 §. XIV.

§. XIV.

L. 12. ff. de teſtib. explicanda eſt ex antecedenti *l. 11.* ſc. *Tit. de Teſtib.* excipit *Tit. de fide Inſtrum. & de probat.* adeoque modus probandi, quatenus ordinario modo vel per documenta vel per teſtes ſuſcipitur, exhibetur, hinc cum in *l. 1. §. 1.* dictum fuerat, non ſolum in criminalibus cauſis ſed etiam in pecuniariis litibus adhiberi poſſe teſtes, poſt in *l. 11.* aſſeritur: etiam teſtem non rogatum eſſe habilem, tandem in ſubſequenti *l. 12.* numerus teſtium definitur. Quis vero vellet legem iſtam ad materiam teſtamentorum, tanquam alienam & alibi jam ſatis definitam, extendere, & leges macula antinomiæ notare. Imo ſi *l. 11.* proferre vellemus ad teſtamenta, ſequeretur: rogationem teſtium non pertinere ad requiſita ſolennitatis, quod repugnaret *l. 21. §. 2. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. 21. C. de teſtibus & Nov. 90. C. 3. j. auth. Rogati C. de teſtam.* Sic *in l. 31. C. de donat.* Imperator Zeno, in donationibus, quæ actis inſinuantur, non eſſe neceſſarium vicinos vel alios teſtes adhibere, judicat, quis vero id de donationibus mortis cauſa affirmare auderet, cum expreſſe contrarium in *l. f. C. de donat. mort. caus.* ſancitum inveniatur. Imo verba finalia hujus legis: ut omnes effectus ſortiatur, quos ultimæ habent liberalitates neque ex quacunque parte abſimiles eis intelligatur: ſatis abunde indigitant, infra numerum teſtium quinquenarium nullum actum ultimæ voluntatis ſuſcipi aut celebrari poſſe.

§. XV.

§. XV.

In *l. 22. C. de teſtam.* non inquiritur in numerum teſtium adhibendorum, nec libertas teſtatori eligendi teſtes, quot velit, conceditur, ſed quæſtio deciditur: quod teſtator ei, cui ultimam ſuam voluntatem in calamum dictitavit legatum relinquere eumque tanquam teſtem adhibere poſſit, quod antea non permittebatur. vid. DYONIS. GOTHOFR. *ad h. l. lit. 1.* & BRUNNEM: *ad eand.* & FACHIN: *Controv: Lib. V. Cap. 32. p. m. 380.* Et Celſus antea in *l. 27. ff. qui teſt fac. poſſ.* ridiculam dubitationem pronunciaverat, an aliquis jure teſtis adhibitus, quoniam idem & tabulas teſtamenti ſcripſerit? Favor ultimarum voluntatum magnus, ſed non tantus, ut, neglecta forma, actui imperfecto validitatem tribuamus, & ſi mero arbitrio morientium electio teſtium in eloquendo ultimo elogio relinquenda, quid opus fuiſſet tanta ſollicitudine formam numerumque teſtium adhibendorum præſcribere? Fruſtra etiam favor teſtamenti parentum inter liberos allegatur, quoties enim perſona extranea eſt admixta, toties & cauſa privilegii & appellatio teſtamenti ceſſare, novamque quaſi formam induere incipit, quæ iterum ad regulas juris communis reducenda.

§. XVI.

Quoad uſum fori negari nequit exiſtere præjudicia Collegiorum in quibus duorum teſtium numerus pro ſufficienti habitus, & noviſſime Anno nempe 1723. M. April. Fac. Jur. Lipſ. ad interrog.

 H. G.

H. G. verſus P. ſequentem in modum reſpondit: *Haben ein paar Ehe-Leute ein* teſtamentum reciprocum *vor zweyen Zeugen aufgerichtet, ihre Kinder darinne zu Erben eingeſezet, iedoch dabey dieſes geordnet, daſs der überlebende Ehe-Gatte, ſo lange als er unverheyrathet bleiben vvürde, in des verſtorbenen ſämtlichen Vermögen unabgetheilet ſitzen bleiben, daſſelbige ohne* Inventario *oder eydlicher* Specification *auch ohne* caution *und Rechnung* adminiſtriren *nuzen und gebrauchen auch die* onera *abtragen ſolle, und es vvird rechtliche Belehrung verlanget, ob ein oder anders derer Kinder ſolch* Teſtament *vvegen Mangel derer* Solennitæten impugniren *oder auch die* legitimam *fordern und von der übrigen Erbſchafft ſich loſſagen könne. Ob nun vvohl ordentlicher Weiſe zur Beſtändigkeit eines* Teſtaments *mehr als 2. Zeugen erfordert vverden auch* extraneis, *vvovor auch die Ehe-Gatten zu achten, nicht in allen lezten Willen, vvelche Eltern und Kinder* minus ſolenniter *aufgerichtet, etvvas zugeſchlagen vverden kan. D. a. u. d. in einer* Diſpoſition, *vvelche Eltern und Kinder aufrichten, auch ſodann, vvenn* juxta Nov. 107. c. I. *der* Teſtirer *ſeinen lezten Willen eigenhändig geſchrieben und in Gegenvvart zvveyer Zeugen ſich dazu bekennet, denen* extraneis legata & fidei commiſſa, *dahin dasjenige, vvas in angezogenen* Teſtament *des überlebenden Ehe-Gatten halber geordnet, gehöret, gegeben vverden, und ſolchem nach dergleichen* diſpoſition, *vvegen Mangel mehrerer Zeugen, nicht hinterzogen vverden mag; So iſt das* Teſtament, *daferne auch die* Teſtirer *ſoviel jeden angehet*

daſſel-

daſſelbe eigenhändig unterſchrieben, vvegen Mangel mehrerer Zeugen vor ungültig nicht zu achten. Sed conf. Magnif. Dn. Ordinarius MENCK. ad *ff. de teſt. Milit. §. IX.* Dubia tamen & incerta hac in parte eſt praxis. Interim prudentia Civilis non permittit jacturam aut commodum legati aleæ & dubio eventui committere, hinc B. SAMVEL. STRYCK. *in Caut. teſtam.* p. m. 418. improvidum vocat teſtatorem, qui duos ſaltem adhibuit teſtes.

§. XVII.

Quinque igitur teſtes merito & tutiſſime adhibendi ſi legatum extraneo in teſtamento parentis inter liberos relictum. Nos movet partim generalitas *l. f. C. de Codicill. & l. f. C. de donat. mort. cauſ.* partim expreſſa diſpoſitio *l. f. C. fam. erciſc.* & *l. 21. §. 1. de teſtam.* ibi enim voluntas, in qua liberis alia extranea perſona mixta, quantum ad illam, pro nullo habetur, ita ut liberis accreſcat & in *§. 3. d. l.* quinque teſtium mentio ratione imperfecti teſtamenti injicitur CARPZ. *P. III. C. 4. d.* 31 & 35. nec ſolida ratio inveniri poteſt, quare, nulla plane urgente neceſſitate, a via ordinaria recedere & irregularitatem quandam, tacentibus legibus, introducere velimus. Favor enim & Privilegium Parentibus conceſſum ſe non extendit ad alias perſonas potius earum intuitu remanet modus ex voluntate alterius legatum capiendi & acquirendi ſub diſpoſitione Juris communis, præſertim cum in allegatis LL. perſonæ extraneæ liberis expreſſe con-

Digitized by Google

contradiſtinguantur. Hinc ipſe HARPRECHT. diſſentiens §. 58. inficias ire nequit, veritati Theoreticæ convenientiorem eſſe ſententiam quæ quinque deſiderat teſtes & in partes noſtras abiit Facult. Jurid. Witteberg. in Reſponſ. ad Conſult. Sempronii Lucii Menſ. Febr. 1687. dato: *Wenn nun gleich etliche Rechts-Lehrer zur Beſtändigkeit einer väterlichen* Diſpoſition 2. *Zeugen erfordern, andere aber in denen Gedancken ſtehen, daſs wenn die väterliche* Diſpoſition *an ihr ſelbſten unzweifelhafftig und die Kinder daſſelbe mit des Vaters Hand geſchrieben verſichert ſeyn, Sie ſodann dem väterlichen Willen obgleich keine Zeugen dabey vorhanden nachzuleben, und die* legata *denen* extraneis *auszuantworten ſchuldig ſeyn, in Erwegung, daſs die Zeugen nur zum Beweiſs nöthig erachtet werden; Alſo wenn des Vaters Wille ſonſt klar und richtig der Beweiſs durch Zeugen gäntzlich unterbleiben kan. D. a. u. d. angeregte Meynung von unterſchiedenen Rechts-Lehrern in Zweiffel gezogen wird, welche dergleichen* diſpoſition *nicht anders, als wenn Sie vor 5. Zeugen wie in* Codicill*en gebräuchlich aufgerichtet vor gültig erkennen &c.*

§. XIIX.

De cetero numerum hunc teſtium indiſtincte in omni teſtamento paterno ſive ſit ſcriptum ſive nuncupativum deſideramus, nec filius neglecta teſtium adhibitione revereri debet manum Patris quoad perſonam extraneam, potius ſibi perſuadere poteſt, defunctum non habuiſſe ſeriam ipſum legato oneran-

onerandi intentionem. Nec cum CVIACIO & ARNOLD. ALEX. PAGENSTECH. *Irner. vapul. Coit. I. §. 12.* excipimus propinquos, alumnam & ſimiles, quippe qui nomine extraneorum veniunt. Nam quod in *l. 38. ff. de fideicommiſſ. libert.* dicitur: in teſtamento, quod perfectum non erat, alumnæ libertatem & fideicommiſſa dari poſſe & pios filios manumittere debere eam, quam pater dilexit, fideicommiſſaque præſtare, reſpicit cauſam inteſtati & agnitionem liberorum quoad unam partem voluntatis, & propter favorem libertatis & rationem ſingularis affectionis honeſtæ erga legatariam, magis conſilii quam neceſſitatis eſſe videtur. Sane ratio ab eo petita, *quia dilexerat:* nimis generalis eſt, nec ad obligationem civilem concludit, alias omnia teſtamenta, quovis modo confecta conſervari deberent, quia teſtator ſemper præſupponitur eos dilexiſſe, quibus aliquid in ultima ſua voluntate relinquit.

§. XIX.

Dicta tamen unice de legato extraneo relicto intelligere cupimus, quodſi enim pater in teſtamento ſuo, & liberos ſuos, & perſonam extraneam heredes nominaverit & quinque ſaltem teſtes adhibuerit, admixtæ perſonæ ſucceſſionem ex teſtamento denegandam eſſe ſecundum juris & veritatis lancem credimus. Teſtamenta enim formam ſuam a Jure publico habent, ſine qua conſiſtere nequeunt *l. 3. ff. qui teſt. fac. poſſ.* CHRISTOPH. BESOLD. *Conſil. Tubingenſ. 202. n. 27.* hinc DD. eam præciſam appellant, & notanter Imperatores Diocletianus &

C Maxi-

Maximianus reſcripſerunt *in l. 13. C. de teſtam.* quod teſtandi cauſa de pecunia ſua legibus certis facultas ſit permiſſa, non autem Jurisdictionis mutare formam vel Juri publico derogare cuiquam permiſſum, nemo enim in ſuo teſtamento cavere poteſt, ne LL. certam formam præſcribentes in teſtamento ſuo locum habeant, & vis legum earundemque autoritas corruat *l. 55. & l 112. ff. de legat. 1.* & actus a Jure communi remotus ſervari non debet *l. 7. §. 16. ff. de pact.* & quamvis obligationum cauſæ pactione immutari poſſint; tamen ſolennis forma Juris publici ex parte privatorum inviolabilis & hi quidem obtemperare obſequiique gloriam exhibere tenentur, ſed non ad principia ſuæ voluntatis revocare & cautione refragari: *l. 15. §. 1. ff. ad L. Falc. l. 27. ff. d. R. J.* Conf. VINCENT. de FRANCHIS *Deciſ. 530. in addit. Amendol. n. 1.*

§. XX.

Privilegium illud Parentibus conceſſum ſtatim ceſſare incipit ſimulac perſona extranea his jungitur, imo ipſum privilegium non reſpicit odium liberorum, ſed ſe in affectu præſumto æqualique dilectione liberorum fundat, hinc modo privilegiato filius exheredari non poteſt, & ſi pater forte talem voluntatem commutare aut convertere, novumque facere velit, ipſi in *Nov. 107. c. II. & auth. Hoc inter C. de teſtam.* injuncta eſt neceſſitas, ut ſignificet eam ſub præſentia ſeptem teſtium. VINCENT *de* FRANCHIS *Dec. 204. n. 32.* & non fato ſed fortaſſe deliberato animo *§. 2. in l. 21. C. de teſtam.* immediate excipit *auth.*

hoc

Digitized by Google

hoc inter liberos, qui ſeptem teſtium collectionem expreſſit, ut eo magis præſcinderetur occaſio nocivas interpretationes & extenſiones privilegiatæ illius conceſſionis inſtituere. Actus igitur teſtandi tamdiu imperfectus & voluntas adhuc indeterminata manet, quamdiu alius actus juxta normam legis expediendus reſtat. JOHANN. BAPTIST. de LVCA. *Theatr. Veritat. & Juſtit. Tom. II. Tr. 1. de Teſtament. Diſcurſ. 75. n. 7.* Conf. LUDWEL. *d. ultim. vol. P. II. p 345.* Conſentit nobiscum in terminis SAMUEL. STRYCK. *in Cautel. teſt. C. X.* §. *23.* & ab eo allegatus DAVTH. *ad Tit. de Teſtam. n. 38.* & WESENBEC. *Conſ. 257. n. 10.*

§ XXI.

Clauſula tamen codicillaris a teſtatore, ſe iſtud teſtamentum velle eſſe ratum quacunque ratione poterit, adjecta, conſervabit teſtamentum tale, ita ut liberi partem illam hæreditatis, in quam extraneus inſtitutus, ut fideicommiſſum reſtituere teneantur. Ea enim vis hujus Clauſulæ, ut defectum illum, qui ex omiſſione numeri ſeptenarii teſtium proveniebat, ſanet & ſuppleat *l. 29. §. 1. ff. de his qui teſt. fac. poſſ. l. f. §. 1. C. de Codicill.* nec credendum eſt, quenpiam, qui jxt. *l. 88. §. 17. de legat. II.* potius rationem animi ſui quam nimiam & miſeram diligentiam ſecutus, genus teſtandi eligere ad impugnanda ſua judicia *l. 3. ff. de teſtam. mil.* Nec tranſire poſſumus in ſententiam B. Dn. STRYCKII qui *in Caut. Teſtam. Cap. X. §. 33.* clauſulam illam ejusmodi teſtamento appoſitam otioſam & nihil operari arbitra-

tur. Nec enim extraneo jus agendi & petendi ex teſtamento clauſula Codicillari firmato, denegandum, quocunque igitur modo conſequatur ea quæ a defuncto deſtinata perinde erit, & cum cuilibet pagano extraneis per adjectionem Herbæ iſtius Betonicæ proſpicere & voluntati ſuæ effectum dare permittatur, nullum ſane diſparitatis aut prohibitionis rationem reſpectu parentum invenire poſſumus. An vero iſta clauſula non expreſſa, tacite, ducta conjectura ex affectione Teſtatoris ſubintelligatur prout, DYON. GOTHOFR. *in not. ad l. fin. §. 1. C. de Codic. Lit. e. it.* ANT. FABER. *Cod. L. 6. Tit. V. def. 7.* CARPZOV. *P. III. C. 4. d. 22.* Nob. Dn. de BERGER. *Oecon. Jur. priv. L. II. Tit. 4. §. 6. not. 8.* Dn. WERNHER *in ſuppl. ad P. V. obſ. 236. n. 4.* in ſpecie de teſtamento inter liberos aſſerant, merito dubitatur, & tutiſſima via incedendum eſſe regulæ civilis prudentiæ ſuadent, quodſi enim ipſos liberos reſpicias nulla hac in parte opus fictione, cum quoties de voluntate Patris vel ex ipſius ſcriptura vel ex ore duorum teſtium conſtat, toties firma validaque haberi debeat; Si vero de perſona extranea quæritur, hæc in tali teſtamento deterioris eſſe conditionis nequit, quam ſi in alio pagani teſtamento ipſi aliquid relictum, quod confirmat WERNHER. Part. IX. Obſ. 30.

§. XXII.

Coeco non niſi obſervatis ſolennitatibus, quæ in *l. 8. C. qui teſt. fac. poſſ.* a Juſtino Imperat. præſcriptæ & *in Receſſ. Imper.* d. Anno 1512. Tit. d. Teſtam. *§. aber zu eines blinden* Teſtament &c. denuo repe-

repetitæ & confirmatæ, ut nempe vel Tabularium vel octavum teſtem adhibere debeat, teſtari permiſſum, jung. §. 4. *J. quibus non eſt permiſſ. fac. teſt.* quod ſi igitur Pater luminibus orbatus disponat inter liberos duobus tantum teſtibus adhibitis, nulli dubitamus, iſtam voluntatem pro invalida declarare. Diſſentit. MARC. ANTON. SABELLI. *Tom. IV. §. Teſtam. VII. n. 21.* nes tres uti opinatur JOACH. HOPPIUS. *ad Inſt. §. 4. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* ſufficere exiſtimamus, nullam enim in ultima voluntate cœci proportionem admittimus, quod nempe in teſtamento coeci ruri condito, ſi plures haberi nequeant, aut in Codicillo Cœci ſex teſtes ſufficiant, ſed formam cœco indefinite & absque ullo caſuum diſcrimine præſcriptam deſideramus, quod eo caſu, quo extranea perſona admixta, minorem dubitationem habet. Conſentit CARPZ. *P. III. Conſt. 6. def. 5.* cauſa enim introductionis & formæ hæc eſt, ne locum ullum relinquat inſidiis tot oculis & auribus perſpecta, tot inſinuata ſenſibus, tot inſuper in tuto locata manibus & ſubſcriptionibus ANGEL. RUDOLPHIN. *Allegat. 171. per tot.* Sane Jure Imper. res omni carere videtur dubio, cum juxta ſupra allegatum *Receſſ. Imper.* non ſolum in teſtamento ſolenni ſed etiam in Codicillo & NB. qualibet ultima voluntate neceſſitas obſervandi formam injuncta.

§. XXIII.

Piæ cauſæ, ut Eccleſiæ, Academiæ &c. ſi legatum relictum, ex Proviſione Pontificis tribus

Digitized by Google

aut duobus legitimis teſtibus non ſolennitatis ſed ſaltem probationis gratia requiſitis in C. X. & *XI. X. de Teſtam.* firmum pronuntiatur, quod uſu fori comprobatur, adeoque in paterno teſtamento ab iſta norma Juris Canonici recedere non audemus: non vero moti ratione TIRAQVELL. *ad L. ſi unquam verb. libertis n. 83.* & in verbo *donatione largitus n. 326. C. de revocand. donat.* majorem ſc. favorem tribuendum eſſe piis cauſis quam liberis, ſed quod qualitas perſonæ legantis non immutare poſſit privilegium cauſæ Jure Canonico tributum. STRVV. *Ex. 32. th. 19.* Quod vero ad legatorum piæ cauſæ relictorum validitatem, ſatis ſit de ultima legantis voluntate ex nuda teſtatoris manu conſtare, prout ſentit PAGENSTECH. *Irner. Injur. vapul. Coit. 1. §. 12.* antiſtitesque quali quali præſumtione emergente ad Juramentum ſupletorium & quidem de credulitate ſaltem, ſe nempe credere defunctum rem hanc vel illam Eccleſiæ legare voluiſſe, admitti queant, prout Vitembergæ pronuntiatum eſſe refert Dn. WERNHER. *P. I. Obſ. XX.* nec textui nec menti Pontificis convenire ſed potius extenſionem propria autoritate ſuſceptam eſſe putamus. Conf. BRVNNEM. *Conſ. 115. & Jure Eccl. L. II. C. 12. §. 4. & caut. teſtam. Cap. 12. §. 3.* Duos igitur teſtes pro forma requirimus cum Nobil. Dn. de HERGER. in Oec. Jur. *Lib. II. Tit. IV. §. 5. not.* 4. qui Collegia Francofurtenſia, Jenenſia & Witebergenſia ita pronuntiaſſe refert. Junge MEV. *ad Jus Lubec. Lib. II. Tit. I. a. 2. n.* 57. CARPZ.

P. III.

Digitized by Google

P. III. C. 4. def. 33. Cardinal. TUSCH. Pract. Concl. Lit. T. voc. Teſtament. *Concl. 117.*

§. XXIV.

Dicta tamen non extendenda ſunt ad Principem, nec privilegia Fiſci huc pertinent, quanquam enim alias magnus in Jure noſtro favor Principi & Fiſco attribui ſoleat; Tamen Fiſcus *l. 2. C. ad L. Jul. de vi l. 1. C. de bon. libert.* & *l. 9. ff. ad Leg. Jul. Majeſt.* habetur loco extranei & ea quæ ad extraneos pervenire poſſunt, poſſunt etiam ad fiſcum tranſire, ea enim ratio quæ contrariatur extraneis in *l. 21. C. de teſtam.* contrariatur etiam Fiſco & Principi, præſertim *cum juxta l. 3. C. de teſtam.* ex imperfecto teſtamento nec Imperatorem hereditatem vindicare poſſe conſtitutum.

§. XXV.

Denique notandum eſt ejusmodi diſpoſitionem, prout etiam Rubrica diſſertationis declarat, non in totum ſed ex parte corruere, moti diſpoſitione *l. 21. C. de teſtam.* & *l. fin. ff. famil. herciſc.* vocabulum enim *duntaxat* in allegatis LL. expreſſum non totalem ſed partialem interitum teſtamenti indigitat. An vero liberi ex matrimonio ad Morganaticam contracto procreati, itemque naturales pro perſonis extraneis haberi debeant nec ne, dubium moveri poteſt, tutius autem eſt, referre eos ad claſſem extraneorum.

TANTUM

Digitized by Google

CLARISSIMO
DN. RESPONDENTI
S. P. D.
PRAESES.

Explevisti vota & deſideria optimorum Parentum, dum principiis juris theoreticis in Alma Noſtra & Salana per aliquot annos probe hauſtis, in forum prodire, Teque ad id præſenti diſſertatione idoneum ſiſtere cupis. Inprimis collocaſti operam in evolvenda quæſtione, cujus deciſio quidem unice ex legibus civilibus petenda, ſeſe tamen uſu fori maximopere commendat. Laudo conatus, præſertim quod tutiſſima via inceſſeris, nec in ſententiam eorum qui, ad imitationem Ulpiani in L. 12. pr. ff. de injuſt. rupt. teſt. neglecta juris ſcrupuloſitate nimiaque ſubtilitate, extraneum, legatum in teſtamento parentum inter liberos coram duobus teſtibus condito, ex æquo & bono obtinere poſſe exiſtimant, tranſieris. Si impoſterum litigantibus prout religio Juraque præſcripta ſuggerunt, patrocinia præſtabis, habebis benignum Numen, faventesque clientes, leges enim neminem in paupertate vivere permittunt. Dab. Lipſ. d. 13. Maj. A. R. S. M DCC XXVI.

A 114 70897